

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZIP

Herausgegeben von
Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln, und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln

in Verbindung mit

Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, München · Richter am BSG Dr. Alexander Gagel, Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Chefsyndikus Dr. Thorwald Hellner, Köln · Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn · Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe · Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg · Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München.

Heft **1**
S. 1–128
5. Jahrgang
20. Jan. 1984

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Grundschulddarlehen – Kontrollkriterien des AGBG

I. Der Darlehensvertrag

Unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes ergeben sich bei den üblichen Klauseln in Darlehensverträgen folgende Probleme.¹⁾

1. Rechtsnatur

Die Judikatur beurteilt den Darlehensvertrag – nach wie vor – als Realvertrag.²⁾ In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, es handele sich hierbei um einen Konsensualvertrag.³⁾ Der Unterschied beider Theorien ist jedoch vernachlässigenswert.⁴⁾ Denn auch dann, wenn man den Darlehensvertrag nach der Realvertrags-Theorie beurteilt, kann schon aufgrund des Darlehensversprechens unmittelbar Klage auf Auszahlung der Darlehensvaluta erhoben werden; es ist nicht erforderlich, zunächst auf Abschluß eines Darlehens-Hauptvertrages zu klagen.⁵⁾

2. Besondere Klauseln

Im einzelnen sind folgende AGB-Klauseln – abhängig von der Prüfung der jeweiligen Umstände – als problematisch zu werten.

2.1 Bereitstellungsprovisionen

Soweit vor Auszahlung des Darlehens eine Bereitstellungsprovision verlangt wird, ist diese kein Zins i. S. v. § 246 BGB, sondern geldwerter Ausgleich für die während der Bereithaltung des Kapitals der Bank entgangenen Zinserträge.⁶⁾ Gleiches gilt, falls eine Bearbeitungsgebühr verlangt wird⁷⁾, z. B. von einem Makler für die Verschaffung des Kredits⁸⁾. Dogmatisch ist hier entscheidend, daß der Zinsbegriff vom Kriterium der Laufzeitabhängigkeit geprägt ist.⁹⁾ Auch sonstige Bearbeitungs- und Abrechnungsgebühren sind kein Zins i. S. v. § 246 BGB.¹⁰⁾ Gleiches

gilt für das *Disagio*; auch dieses ist kein Zins im Rechtssinn.¹¹⁾ Denn das Disagio ist laufzeitunabhängig und wird als Gegenleistung für die Beschaffung bzw. für die Überlassung des Kapitals geschuldet. Auch Vermittlungsprovisionen und Kreditversiche-

1) Canaris, Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers, ZIP 1980, 709; ders., Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rz. 1280 ff.; ders., Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 1891; Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits, Gutachten zum 53. DJT, 1980; ders., Zur Auslegung des § 247 Abs. 2 BGB, NJW 1979, 405; Pleyer, Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB und seine Ausnahmen, NJW 1978, 2128; Räßle, Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Hypothek und Grundschuld, WM 1983, 806; Schmidt, Die Rechtsfolgen der Kündigung nach § 247 Abs. 1 BGB, BB 1982, 2075; Schmuck, Auswirkungen des AGBG auf Darlehensverträge und Anleihebedingungen der Realkreditinstitute, Der langfristige Kredit 1977, S. 195 ff.; Stöcker, Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB ein unentbehrliches Instrument des Schuldnerschutzes, BB 1982, 2079.

2) RGZ 108, 146, 150; BGH NJW 1975, 443.

3) Palandt/Putzo, BGB, 42. Aufl., vor § 607 Vorbem. 1 b; Soergel/Lippisch/Häuser, BGB, 11. Aufl., vor § 607 Vorbem. 2; MünchKomm-Westermann, BGB, vor § 607 Vorbem. 5 f; Canaris, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1284; Schönle, Bank- und Börsenrecht, 1976, S. 137 ff.

4) Vgl. Neumann-Duesberg, NJW 1970, 1403.

5) Vgl. BGH NJW 1975, 443; hierzu im einzelnen auch Schmidt, JuS 1976, 709.

6) OLG Nürnberg WM 1968, 346, 348; BGH WM 1978, 422 = BB 1978, 833; im einzelnen auch Canaris, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1226.

7) LG Berlin AGBE II § 9 Nr. 128.

8) AG Freiburg AGBE II § 3 Nr. 9.

9) Im einzelnen Canaris, NJW 1978, 1891; BGH WM 1979, 225, 227 f = BB 1979, 343.

10) Canaris, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1324; ders., NJW 1978, 1891, 1893 f; BGH WM 1979, 225, 227.

11) BGH WM 1963, 378, 380; OLG Köln WM 1973, 156; OLG Frankfurt ZIP 1981, 379, 380.

rungsprämien sind nicht als Zins anzusehen.¹²⁾ Für sich allein genommen sind diese Provisionen und Gebühren Entgelt, so daß § 8 AGBG zum Zuge gelangt. Doch ist im Auge zu behalten, daß diese Gebühren – zusammen mit den Zinsen – Teil der vom Kunden geschuldeten Gegenleistung für die Überlassung des Darlehens sind, so daß sie bei der nach § 138 BGB erforderlichen Äquivalenzprüfung zu berücksichtigen sind.¹³⁾

2.2 Nichtabnahmeentschädigung

Diese Entschädigungsregelung dient dem Zweck, den AGB-Verwender davor zu schützen, daß die mit erheblichem Arbeits- und Kostenaufwand verbundene Bearbeitung des Darlehensantrags vergeblich war oder daß der Darlehensvertrag zwar zustande kommt, der Kunde aber die bereitgestellte Darlehenssumme nicht abrufen.¹⁴⁾ Insoweit ist folgende Differenzierung angezeigt.

2.2.1 Soweit der Darlehensvertrag deswegen nicht zustande kommt, weil die Bank es ablehnt, den Darlehensantrag des AGB-Kunden – aus welchen Gründen immer – anzunehmen, erscheint es fraglich, ob für diesen Fall ein „Sondervertragstypus“ i. S. v. § 305 BGB bejaht werden kann.¹⁵⁾ Denn wenn der Abschluß des Darlehensvertrages scheitert, so ist kein Grund ersichtlich, in welcher Weise der Abschluß eines „Sondervertragstypus“ dogmatisch bewirkt werden kann. Auch ist in diesen Fällen kein Platz, auf § 10 Nr. 7 AGBG zurückzugreifen, weil es an den tatbestandlichen Voraussetzungen eines „Rücktritts“ oder einer „Kündigung“ des Darlehensvertrages fehlt; dieser kommt – mangels Annahme des Darlehensantrages durch die Bank – nicht zustande.¹⁶⁾ Selbst bei Berücksichtigung einer extensiven Auslegung von § 10 Nr. 7¹⁷⁾ ist es verfehlt, diese Bestimmung auch auf Fälle zu erstrecken, in denen der Vertragsabschluß scheitert.¹⁸⁾ Daraus folgt aber, daß die „Vereinbarung“ einer Nichtabnahmeentschädigung – bezogen auf den Fall, daß der Vertragsabschluß nicht zustande kommt – mangels vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG scheitert. Die Bank handelt auf eigenes Risiko; es ist deshalb eine unangemessene Benachteiligung, wenn sie im Fall des Scheiterns des Vertragsabschlusses die bei ihr angefallenen Kosten auf den Antragsteller überwälzt. Zum gleichen Ergebnis gelangt man dann, wenn man in der Vereinbarung der Nichtabnahmeentschädigung eine *selbständige Vertragsstrafe* erblickt.¹⁹⁾ Diese Fälle werden zwar nicht von § 11 Nr. 6 AGBG erfaßt.²⁰⁾ Denn diesen Abreden ist unter dem Blickwinkel von § 3 bzw. § 9 Abs. 1 oder Abs. 2 AGBG die Wirksamkeit zu versagen.²¹⁾

2.2.2 Anders ist die Rechtslage in dem Fall, daß der Darlehensvertrag wirksam zustande kommt, der Darlehensschuldner/AGB-Kunde sich aber weigert, das Darlehen abzunehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung²²⁾ liegt dann ein *vertragswidriges Verhalten* des AGB-Kunden vor, so daß es sich um eine *Schadensersatzpauschalierung* handelt. § 10 Nr. 7 AGBG ist folglich nicht einschlägig.²³⁾ Soweit die Schadenspauschalierung in diesen Fällen 2 % der Darlehenssumme beträgt, ist sie als durchschnittlich-schadenstypisch zu werten, weil in diesem Betrag die Geschäftskosten, die Risikoprämie und der entgangene Gewinn enthalten sind.²⁴⁾ Handelt es sich jedoch darum, daß die Hypotheken-Bank das bereits zur Verfügung gestellte Darlehen kündigt, weil in der Person des Darlehensnehmers/AGB-Kunden Umstände eingetreten sind, die die Bank berechtigen, die

Auszahlung des Darlehens zu verweigern, dann ist § 10 Nr. 7 AGBG heranzuziehen. Doch ist im Hinblick auf die Voraussetzungen eines derartigen *Kündigungsrechts* darauf zu achten, daß die Gründe in der Sache gleichbedeutend sein müssen mit denen, die einen Darlehensgeber zur fristlosen Kündigung eines Darlehensvertrages berechtigen. Die z. B. in Nr. II 7 der „Allgemeinen Bedingungen für Grundschulddarlehen“²⁵⁾ vorgesehenen Gründe erfüllen allerdings keineswegs in allen Punkten diese Kriterien, so z. B. dann nicht, wenn die Bank „nicht spätestens eine Woche vor dem vereinbarten Abhebungsstermin sämtliche geforderten Nachweise“ erhalten hat oder wenn sich „die eingereichten Unterlagen als unrichtig erweisen“. Denn in diesen Fällen kann es sich auch nur um die schuldhaft Verletzung von Nebenpflichten handeln, die kein Recht zur fristlosen Kündigung eines Darlehensvertrages gewähren.²⁶⁾

2.2.3 Die *Höhe* der Nichtabnahmeentschädigung ist nur dann mit § 11 Nr. 5 bzw. mit § 10 Nr. 7 AGBG vereinbar, wenn sie durchschnittlich-schadenstypisch ist. Liegt sie über 2 % der Darlehenssumme, so dürfte dies unangemessen hoch sein.²⁷⁾ Soweit die Klausel nach § 11 Nr. 5 a bzw. § 10 Nr. 7 AGBG wirksam ist, ist es nicht erforderlich, daß dem Kunden ausdrücklich der Gegenbeweis geöffnet wird; es ist allerdings unzulässig, wenn er ihm ausdrücklich oder implizit abgeschnitten wird.²⁸⁾

2.3 Zinsanpassungsklauseln

Bei längerfristigen Darlehensverträgen sind Zinsanpassungsklauseln üblich.²⁹⁾ Soweit sie nicht auf individualvertraglicher Vereinbarung beruhen³⁰⁾, richtet sich die Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln nach § 9 AGBG³¹⁾. Als unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung ist zu verlangen, daß eine Zinsanpassungsklausel nicht nur einseitig auf ein Erhöhungsrecht der

12) BGH WM 1979, 225, 227; BGH WM 1979, 270, 271.

13) Im einzelnen BGH WM 1979, 225, 227; BGH WM 1979, 966, 967 = BB 1979, 1469; BGH WM 1980, 860; BGH ZIP 1980, 642 f = WM 1980, 892, 893 = BB 1980, 1290; BGH ZIP 1981, 369 = WM 1981, 353 = BB 1981, 927.

14) Vgl. *Fehl*, Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 199 m. w. N.

15) So aber *Fehl* (Fußn. 14), S. 199.

16) Ohne Differenzierung *Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., Anh. zu § 9 bis 11 Rz. 283.

17) Vgl. *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, AGBG, § 10 Nr. 7 Rz. 8 m. w. N.

18) Anderer Meinung *Fehl* (Fußn. 14), S. 200.

19) Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 6 Rz. 5.

20) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 6 Rz. 5.

21) Vgl. auch BGH BB 1980, 860.

22) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 10 Nr. 7 Rz. 4 f, § 11 Nr. 5 Rz. 9.

23) Anderer Meinung *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 283; wie hier auch *Fehl* (Fußn. 14), S. 200 ff.

24) Hierzu *Fehl* (Fußn. 14), m. w. N.

25) Hierzu *Fehl* (Fußn. 14), S. 222 ff.

26) Weitergehend wohl *Fehl* (Fußn. 14), S. 202.

27) BGH BB 1978, 833, 834; weitergehend *Brandner* (Fußn. 16), der die Grenze erst bei 3 % ansetzen will.

28) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 5 Rz. 34 f m. w. N.

29) Vgl. LG Heidelberg WM 1975, 1271.

30) Hierzu OLG München BB 1983, 212.

31) Hierzu *Canaris*, ZIP 1980, 709, 720; *ders.*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1328.

Bank abstellt.³²⁾ Folglich muß dem Kunden auch das Recht vorbehalten bleiben, eine Herabsetzung der Zinsen zu verlangen.³³⁾ Soweit die *Erhöhung/Herabsetzung* der Zinsen an eine Änderung der „Geldmarktverhältnisse“ anknüpft, stellt sich – jedenfalls nach Ablauf etwa vereinbarter Festschreibungsperioden – die Frage, ob und inwieweit die Grundsätze der BGH-Entscheidung vom 7.10.1981³⁴⁾ auch hier Berücksichtigung verdienen.³⁵⁾ Geht man deshalb davon aus, daß der Darlehensvertrag zwar ein Dauerschuldverhältnis ist, so daß § 11 Nr. 1 AGBG keine unmittelbare Anwendung findet, daß aber – dessenungeachtet – auf § 9 AGBG zurückzugreifen ist³⁶⁾, stellt sich die Frage, ob bei Zinsanpassungsklauseln die Bank als AGB-Verwenderin ein Leistungsbestimmungsrecht i. S. v. § 315 BGB ausüben darf³⁷⁾. Da jedoch die Anknüpfung an die „Geldmarktverhältnisse“ dem vom BGH geforderten *Transparenzgebot* nicht genügt, ist auch für Zinsanpassungsklauseln ein *Vertragslösungsrecht* zu verlangen: Zinsanpassungsklauseln sind deshalb künftig nur dann nach § 9 AGBG im *nicht-kaufmännischen Verkehr* nicht zu beanstanden, wenn sie ein Vertragslösungsrecht des Kunden – nach Ablauf der jeweiligen Festschreibungsperioden, sofern diese vereinbart sind – vorsehen. Dieses Recht ist in Prozenten, bezogen auf den Anfangszinssatz, auszudrücken, damit dem Transparenzgebot Genüge getan wird.³⁸⁾ Welcher Prozentsatz angemessen ist, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von den jeweiligen „Geldmarktverhältnissen“ auf dem Kreditmarkt. Eine generelle Regel über die Höhe dieses Prozentsatzes läßt sich nicht aufstellen; die zu berücksichtigenden Einzelfallumstände sind gerade im Kreditgewerbe zu vielgestaltig. Zu denken ist etwa an Schwankungen von $\pm 2\%$ als Grund und Anlaß für das Lösungsrecht. Im Hinblick auf die *Frist*, innerhalb derer das Vertragslösungsrecht ausgeübt werden muß, erscheint eine Orientierung an der Grundnorm von § 247 Abs. 1 BGB mit der Maßgabe angezeigt, daß eine Frist von *zwei Monaten* im Regelfall angemessen ist. Große praktische Bedeutung dürfte indessen dem Vertragslösungsrecht bei Zinsanpassungsklauseln kaum zukommen, zumal auch das Kündigungsrecht von § 247 Abs. 1 BGB vom Endverbraucher nicht eben sehr häufig geltend gemacht wird. Im *kaufmännischen Verkehr* ist indessen eine an den Erfordernissen der §§ 315 ff BGB ausgerichtete Zinsanpassungsklausel nicht zu beanstanden.³⁹⁾

2.4 Kündigungsrecht gem. § 247 Abs. 1 BGB

Sofern der Zinssatz 6 % p. a. übersteigt, ist das Kündigungsrecht des Schuldners gem. § 247 Abs. 1 BGB zwingender Natur.⁴⁰⁾ Aus § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt, daß das gesetzliche Kündigungsrecht nicht *beschränkt* werden darf. Dies aber ist der Fall, wenn bei einer auf § 247 Abs. 1 BGB beruhenden Kündigung eine *Vorfälligkeitsentschädigung* verlangt wird.⁴¹⁾ Nicht unter § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB fällt freilich die Vereinbarung eines *Disagios*, sofern die Höhe des Disagios sich im marktüblichen Rahmen hält.⁴²⁾ Indessen ist stets zu prüfen, ob – im Falle einer vorzeitigen Kündigung des Darlehensvertrages – das vereinbarte Disagio in voller Höhe oder nur in Höhe des auf die verkürzte Laufzeit entfallenen Anteils geschuldet wird.⁴³⁾ Entscheidend ist insoweit, daß die Vereinbarung eines Disagios, welches auch im Fall einer Kündigung des Darlehensvertrages nach § 247 Abs. 1 BGB fällig wird, keinen wirtschaftlichen Nachteil zu Lasten des AGB-Kunden/Darlehensnehmers darstellt und dem-

zufolge auch keinen mittelbaren Druck auf diesen ausübt, von einer Kündigung Abstand zu nehmen.⁴⁴⁾ Maßgeblich für die Nichtanwendbarkeit von § 9 AGBG ist letzten Endes, daß der AGB-Kunde/Darlehensnehmer den mit dem Disagio verbundenen finanziellen Nachteil bereits mit dem Abschluß des Darlehensvertrages *endgültig erlitten* hat.⁴⁵⁾

Eine gegen § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoßende Beschränkung liegt aber auch dann vor, wenn eine *Verfallklausel* – bei Ausübung des Kündigungsrechts gem. § 247 Abs. 1 BGB – vereinbart wird.⁴⁶⁾ Soweit im Rahmen von § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB die Vereinbarung eines *Disagios* zulässig ist, ist dies auch nach § 11 Nr. 6 AGBG nicht zu beanstanden. Dies gilt jedenfalls solange, wie sich das Disagio im marktüblichen Rahmen bewegt. Hinzu kommt: das Disagio bietet der Bank einen gewissen Ausgleich dafür, daß zugunsten des AGB-Kunden/Darlehensnehmers jedenfalls im Regelfall ein fester Zinssatz für eine gewisse Zeitdauer vereinbart worden ist.⁴⁷⁾ Ist allerdings im Einzelfall das Disagio *übersetzt*, so kann darin – auch unterhalb des Bereichs von § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB – eine nach § 11 Nr. 6 AGBG unwirksame Vertragsstrafe gesehen werden, so daß auch im kaufmännischen Verkehr insoweit auf § 9 Abs. 1 AGBG zurückzugreifen ist.⁴⁸⁾ Gleiches kann dann gelten, wenn eine nicht unbeträchtliche *Bearbeitungsgebühr* bei Auflösung des Kredits vorgesehen ist.⁴⁹⁾

Soweit das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers gem. § 247 Abs. 2 Satz 2 BGB durch „ausdrückliche Vereinbarung“ ausgeschlossen ist⁵⁰⁾, ist es als wirksam zu bewerten, wenn der Darlehensgeber/AGB-Verwender – für den Fall einer einverständlichen Aufhebung des Darlehensvertrages – eine *Vorfälligkeitsentschädigung* fordert.⁵¹⁾ Zwar ist die Vorfälligkeitsentschädigung in diesen Fällen, begrifflich gewertet, eine Vertragsstrafe, so

32) *Canaris*, ZIP 1980, 709, 720.

33) So mit Recht *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1328.

34) ZIP 1982, 71 – BB 1982, 146.

35) Insbesondere auch BGH ZIP 1980, 765 – BB 1980, 1490.

36) BGH ZIP 1980, 765 – BB 1980, 1490.

37) So *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 282.

38) Vgl. *Trinkner* (Fußn. 17), § 11 Nr. 1 Rz. 14.

39) Vgl. auch *Trinkner* (Fußn. 17), § 11 Nr. 1 Rz. 25.

40) Zu Reformgesichtspunkten im einzelnen *Canaris*, WM 1982, 254; zum Vorrang von Zinsanpassungsklauseln gegenüber § 247 BGB vgl. *Schmidt*, BB 1982, 2075; vgl. auch *Stöcker*, BB 1982, 2079.

41) BGH ZIP 1981, 263 – NJW 1981, 814; *Canaris*, ZIP 1980, 709, 719; *Pleyer*, NJW 1978, 2128; MünchKomm-von *Maydell*, BGB, § 247 Rz. 13.

42) BGH ZIP 1981, 841 – WM 1981, 839 – BB 1981, 1799; vgl. auch *Schmidt*, BB 1982, 2075.

43) BGH ZIP 1981, 839 – WM 1981, 838 – BB 1981, 1800; BGH ZIP 1981, 841 – WM 1981, 839; hierzu auch *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1896.

44) Vgl. aber BGH ZIP 1981, 263 – NJW 1981, 814.

45) BGH ZIP 1981, 841, 843 – WM 1981, 839, 840.

46) BGH ZIP 1981, 263 – NJW 1981, 814; vgl. auch *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1896; *ders.*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1346.

47) So mit Recht BGH ZIP 1981, 841, 843 – WM 1981, 839, 840.

48) Vgl. *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1896.

49) Hierzu LG Hamburg ZIP 1982, 1313, 1317.

50) Vgl. BGH ZIP 1982, 38 – NJW 1982, 431; BGH WM 1982, 146; hierzu auch *Hadding/Welter*, ZIP 1982, 399, 402 f.

51) BGH ZIP 1982, 38 – NJW 1982, 431; vgl. auch *Hadding*, WM 1982, 1420, 1421.

daß im nicht-kaufmännischen Bereich jedenfalls § 11 Nr. 6 AGBG Anwendung findet. Doch erscheint es zutreffend, eine teleologische Reduktion vorzunehmen: Wenn nämlich gem. § 247 Abs. 2 BGB das aus § 247 Abs. 1 BGB resultierende Kündigungsrecht wirksam abbedungen werden kann, so erscheint es ungereimt⁵²⁾, im Fall einer einvernehmlichen Beendigung des Darlehensvertrages den AGB-Verwender/Darlehensgeber schlechter zu stellen, als er stünde, wenn er dem Kunden/Darlehensnehmer nur die Rechte eingeräumt hätte, die diesem aufgrund Gesetzes zustehen.

2.5 Zahlungsverzug des Kunden

Für die Geltendmachung von Verzugszinsen gilt zum einen der Grundsatz des § 288 BGB, eingeschränkt freilich durch das Zinseszinsverbot des § 289 BGB, zum anderen gilt – vor allem auch im Bankrecht – § 355 HGB, so daß bei Vereinbarung eines Kontokorrentkontos das Zinseszinsverbot aufgehoben ist. Bei abstrakten Verzugs pauschalen ist § 11 Nr. 5 AGBG zu beachten⁵³⁾, was auch dann gilt, wenn die Verzugs pauschale als einfache Zinserhöhungsklausel ausgewiesen ist, z. B. ein Prozent mehr⁵⁴⁾. Es handelt sich dann nicht um eine nach § 11 Nr. 6 AGBG zu beurteilende Vertragsstrafe.⁵⁵⁾ Dabei ist die Bank befugt, bei der Berechnung des Schadens gem. § 252 BGB die für den jeweiligen Geschäftszweig banküblichen Sollzinsen, bezogen auf die Zeitdauer des Verzugs, zugrunde zu legen; und sie ist auch berechtigt, von einem ihrer Geschäftsstruktur entsprechenden Durchschnittsgewinn auszugehen⁵⁶⁾. Dogmatisch gewertet handelt es sich hierbei um eine „abstrakte“ Schadensberechnung, wobei die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins Anwendung finden, d. h. bei Bankgeschäften ist nach Ansicht des BGH typischerweise davon auszugehen, daß Gelder wieder gewinnbringend angelegt werden. Gleichwohl ist festzuhalten, daß die Pauschalierung von *Mahnkosten*⁵⁷⁾ insoweit unwirksam ist, als die verzugsbegründende Mahnung Obliegenheit des Gläubigers ist, so daß auch § 11 Nr. 5 AGBG keine Anwendung findet⁵⁸⁾. Die Pauschalierung des Verzugs ist grundsätzlich nach § 11 Nr. 5 AGBG nicht zu beanstanden; dies gilt auch für *weitere Mahnkosten*, welche im Geltungsbereich von § 286 BGB, nicht aber § 284 Abs. 1 BGB, zuzuweisen sind⁵⁹⁾.

2.6 Verfallklauseln

Verfallklauseln als Sanktion des Zahlungsverzugs⁶⁰⁾ sind als Vertragsstrafversprechen i. S. d. §§ 339 ff BGB zu werten, sofern sie nur einzelne Rechtsnachteile, wie z. B. die Fälligestellung aller Raten im Fall des Zahlungsverzuges ohne Abzinsungsvereinbarung⁶¹⁾ vorsehen⁶²⁾. Beim Darlehensvertrag wirkt sich eine Verfallklausel wie eine *außerordentliche Kündigung* des Darlehens aus. Folglich kommt es – allein und ausschließlich – darauf an, ob die Voraussetzungen einer Verfallklausel identisch sind mit denjenigen, bei deren Vorliegen die Bank einen Grund zur fristlosen Kündigung des Darlehens hat.⁶³⁾ Entscheidend ist insoweit, daß die aufgrund der Verfallklausel eintretende Fälligestellung aller noch ausstehenden Darlehensraten unter der Perspektive des fristlosen Kündigungsrechts der Bank nichts anderes ist als die Sanktionierung der gesetzlichen Rechtsfolge, sofern eine Abzinsungsvereinbarung vorgesehen ist.⁶⁴⁾ Durch die in der Verfallklausel liegende *außerordentliche Kündigung* des Darlehensvertrages entsteht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der

Verfallklausel ein Abwicklungsverhältnis.⁶⁵⁾ Demzufolge ist eine Pauschalierung für die nach Wirksamwerden der Verfallklausel zu entrichtenden, auf die Restlaufzeit des Darlehens bezogenen Zinsen gem. § 9 AGBG unwirksam: Der Bank steht nach Wirksamwerden der Verfallklausel – ebenso wie im Fall der fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages – kein wie auch immer gearteter Erfüllungsanspruch zu.⁶⁶⁾ Unbenommen bleibt freilich das Recht der Bank, gem. § 326 BGB wie im Fall der fristlosen Kündigung Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Berücksichtigung der Abzinsung zu verlangen (vgl. unter 1. 2. 9). Demzufolge ist auch eine Kombination von Verfallklausel und Verzugszinsen bezogen auf den Restbetrag des Darlehens als Vertragsstrafe gem. § 11 Nr. 6 AGBG, jedenfalls aber nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, unwirksam⁶⁷⁾.

2.7 Überziehungszinsen

Als übliche Folge des Zahlungsverzugs – unabhängig von der vorerwähnten Verfallklausel – greifen die Banken regelmäßig auf die Regelung von Nr. 14 Abs. 3 der Banken-AGB zurück. Danach sind sie berechtigt, *erhöhte Zinsen*, Gebühren und Provisionen für „Kontoüberziehungen“ oder auch dafür zu reklamieren, daß der Kunde einen kreditierten Betrag „über den vereinbarten Termin hinaus in Anspruch“ nimmt. In dieser an § 315 BGB ausgerichteten Regelung ist im praktischen Ergebnis eine *Schadenspauschalierung* gem. § 11 Nr. 5 AGBG zu sehen, gegen die keine Bedenken bestehen.⁶⁸⁾ Werden jedoch absolute Beträge als Zinsen verlangt, z. B. 21 % p. a., dann verstößt eine solche Klausel gegen § 11 Nr. 5b AGBG.⁶⁹⁾

2.8 Ordentliche Kündigung durch die Bank

Soweit keine anderweitige individualvertragliche Vereinbarung getroffen worden ist, ist in diesem Zusammenhang auf die Regelung von Nr. 17 Satz 1 der Banken-AGB zurückzugreifen.⁷⁰⁾ Auch die Regelung von Nr. 18 Abs. 1 Satz 1 der Banken-AGB ist nichts weiter als die typische Rechtsfolge einer Kündigung – mit der Folge, daß alle bestehenden Verbindlichkeiten fällige-

52) Vgl. auch *Canaris*, ZIP 1980, 709, 719.

53) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 5 Rz. 44 ff.

54) BGH ZIP 1983, 36 = WM 1983, 11; BayObLG BB 1981, 1418.

55) BGH (Fußn. 54).

56) Vgl. BGHZ 62, 103, 106 ff = BB 1974, 435; kritisch *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1334 a.

57) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 4 Rz. 13.

58) So auch mit Recht *Canaris*, ZIP 1980, 709, 718; *ders.*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1336; a. M. KG WM 1980, 72, 75.

59) Vgl. auch *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 5 Rz. 49.

60) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 6 Rz. 7 m. w. N.

61) Vgl. LG Hamburg ZIP 1982, 1313, 1316.

62) Vgl. BGH NJW 1960, 1568; BGH NJW 1968, 1625; BGH NJW 1972, 1893; MünchKomm-Janssen, BGB, § 360 Rz. 3; vgl. aber auch *Canaris*, ZIP 1980, 709, 717.

63) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 6 Rz. 7.

64) Vgl. aber auch *Hadding*, DJT-Gutachten (Fußn. 1), 1980, S. 272 f.

65) Vgl. auch BGH BB 1982, 695.

66) Anderer Meinung *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1338, 1339.

67) *Canaris*, ZIP 1980, 709, 719.

68) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, WM 1984, 2, 9 f. Diese AGB (Nr. 14) ist mit Wirkung vom 1. 1. 1984 geändert, vgl. ZIP 1984, 122, 124.

69) LG Hamburg ZIP 1982, 1313, 1317.

70) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, WM 1984, 2, 10 f.

stellt werden⁷¹⁾. Im Zusammenhang mit Nr. 18 der Banken-AGB ist deshalb die allein maßgebliche Frage, ob die Kündigung gem. Nr. 17 Satz 1 der Banken-AGB rechtens war; ist sie dies, so ist die Rechtsfolge von Nr. 18 der Banken-AGB nicht zu beanstanden⁷²⁾.

2.9 Fristlose Kündigung des Darlehensvertrages

Sofern der Kunde in Zahlungsverzug gem. §§ 284 ff BGB geraten ist, begründet dieser nur dann das Recht zur fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages, wenn der Kunde mit zwei aufeinanderfolgenden Raten in Höhe von mindestens 10 % des Darlehens in Verzug geraten ist.⁷³⁾ Dies gilt unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung von § 554 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. auch § 4 Abs. 2 AbzG) auch im kaufmännischen Verkehr gem. § 9 AGBG. Entscheidend ist allerdings: als Rechtsfolge der fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages ist die Bank berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB zu reklamieren.⁷⁴⁾ Dies gilt selbst dann, wenn hier 2 % der Darlehenssumme als Schaden geltend gemacht werden.⁷⁵⁾ Auch kann sich die Bank bezogen auf den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB durch eine *Verfallklausel* sichern.⁷⁶⁾ Freilich ist hierfür Wirksamkeitsvoraussetzung, daß die Bank – soweit gesetzlich geboten – eine Nachfrist gesetzt und eine Ablehnungsandrohung ausgesprochen hat (sofern nicht eine Erfüllungsverweigerung vorliegt). Des weiteren muß die Verfallklausel eine angemessene Abzinsungsvereinbarung enthalten, z. B. auf ersparte Refinanzierungskosten und sonstigen Aufwand.⁷⁷⁾ So gesehen ist eine Verfallklausel eine Form der abstrakten Schadensberechnung; es bleibt der Bank allerdings unbenommen, den ihr i. S. v. § 326 BGB entstandenen Schaden auch konkret zu berechnen.

Nr. 17 Satz 2 der Banken-AGB enthält, worauf gerade bei Darlehensverträgen aufmerksam zu machen ist, eine als wirksam anzusehende Verallgemeinerung der Gründe, die die Bank berechtigen, einen Kreditvertrag fristlos zu kündigen.⁷⁸⁾

In diesem Zusammenhang greifen die Banken auch häufig auf die Regelung von Nr. 19 Abs. 1 der Banken-AGB zurück: Danach ist die Bank – verbal gesehen – berechtigt, „jederzeit“ Anspruch auf „die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten“ zu reklamieren. Insoweit ist freilich abhängig von den Umständen des Einzelfalles zu berücksichtigen, daß möglicherweise eine individualvertragliche Sperre besteht, sofern eine konkret-spezifizierte Sicherheitenvereinbarung getroffen worden ist.⁷⁹⁾

2.10 Widerrufsrecht der Bank gem. § 610 BGB

§ 610 BGB ist Sondernorm gegenüber den allgemeinen Grundsätzen einer außerordentlichen Kündigung; doch bezieht sich diese Bestimmung nur auf Fälle des Darlehensversprechens, insbesondere auch auf den Krediteröffnungsvertrag⁸⁰⁾. Für die Beurteilung der „Vermögensverschlechterung“ des Kunden sind ausschließlich wirtschaftliche Gesichtspunkte, nicht aber rechtliche Erwägungen maßgebend⁸¹⁾; es kommt stets auf die individuellen Verhältnisse des Kunden an, so daß allgemeine wirtschaftliche Rezessionserscheinungen außer Betracht bleiben⁸²⁾. Insoweit bietet sich eine Parallele zu § 321 BGB an, so daß hier auf § 10 Nr. 3 AGBG zurückzugreifen ist⁸³⁾, was besonders für

Kreditwürdigkeitsklauseln zutrifft, z. B. Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder unrichtige Angaben⁸⁴⁾ über das eigene Vermögen.

II. Grundschuld-AGB

1. Richterliche Inhaltskontrolle

Grundschuldformulare – das gleiche gilt für Hypothekenformulare – sind AGB i. S. v. § 1 Abs. 1 AGBG.⁸⁵⁾ Damit ist freilich über Art und Umfang der richterlichen Inhaltskontrolle derartiger AGB-Klauseln i. S. v. §§ 9 ff AGBG noch nichts gesagt, wohl aber darüber, daß auch die sachenrechtlichen Erklärungen des AGB-Verwenders – regelmäßig einer Bank oder einer Versicherungsgesellschaft – nicht von vornherein aus der richterlichen Inhaltskontrolle ausgenommen sind.⁸⁶⁾ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß der richterlichen Inhaltskontrolle bei sachenrechtlichen AGB-Klauseln deswegen enge Grenzen gezogen sind, weil das Sachenrecht vom gesetzlichen Typenzwang beherrscht wird, so daß der Anwendungsbereich von § 9 AGBG stark beschränkt ist.⁸⁷⁾ Daß indessen der schuldrechtliche Teil eines Grundschuldformulars insgesamt von den Bestimmungen dieses Gesetzes erfaßt wird, steht außer Zweifel und bedarf keiner weiteren Vertiefung.

2. Prüfungsrecht des Grundbuchamts

Dies wirft die Frage auf, inwieweit das Grundbuchamt zu richterlichen Inhaltskontrolle von sachenrechtlichen AGB-

71) Vgl. *Graf v. Westphalen*, WM 1980, 1406, 1420; *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 2646. Diese AGB (Nr. 12) ist mit Wirkung vom 1. 1. 1984 geändert: Das Wort „jederzeit“ ist gestrichen.

72) Vgl. auch *Graf v. Westphalen*, WM 1984, 2, 12.

73) So mit Recht *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1337.

74) Vgl. BGH BB 1982, 695; BGH ZIP 1982, 700 – BB 1982, 1078; *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1897; *Ermann/Schopp*, BGB, 7. Aufl., § 609 Rz. 8; *Soergel/Lippisch/Häuser* (Fußn. 3), § 609 Rz. 12; MünchKomm-Westermann, BGB, § 609 Rz. 8.

75) BayObLG BB 1981, 1418.

76) *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1339; a. M. im Ergebnis BGH BB 1982, 695.

77) Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1338.

78) BGH WM 1979, 1176; BGH ZIP 1981, 144, 146 – WM 1981, 150, 151; BGH WM 1963, 1274, 1276.

79) BGH ZIP 1983, 1053 – DB 1983, 2303; BGH ZIP 1981, 144, 146 – WM 1981, 150, 151. Diese AGB (Nr. 19 Abs. 2) ist mit Wirkung vom 1. 1. 1984 geändert, vgl. ZIP 1984, 122, 124.

80) Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1252; vgl. auch BGH WM 1956, 217; BGH WM 1959, 626, 629 f.

81) Vgl. BGH WM 1963, 1274, 1276.

82) Statt aller *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 1254; MünchKomm-Westermann, BGB, § 610 Rz. 6.

83) *Graf v. Westphalen*, (Fußn. 17), § 10 Nr. 3 Rz. 17 ff, insbesondere 31 f.

84) OLG Koblenz ZIP 1981, 509, 512 – AGBE II § 10 Nr. 31 – sehr großzügig; enger OLG Karlsruhe WRP 1981, 477 – AGBE II § 10 Nr. 32; ähnlich LG Hamburg ZIP 1981, 746 – AGBE II § 10 Nr. 36.

85) BayObLG BB 1980, 283 – AGBE I § 1 Nr. 4; LG Stuttgart AGBE I § 1 Nr. 11; OLG Celle Rpfleger 1979, 261 – AGBE I § 8 Nr. 6; OLG Hamm NJW 1980, 416 – AGBE I § 8 Nr. 7 – insoweit auch BGH ZIP 1980, 538 – BB 1980, 859 – AGBE I § 9 Nr. 86; vgl. auch LG Flensburg AGBE I § 11 Nr. 133.

86) LG Stuttgart DNotZ 1978, 600 – AGBE I § 1 Nr. 11; LG Nürnberg-Fürth BB 1979, 698 – AGBE I § 8 Nr. 10.

87) So mit Recht auch *F. Schmidt*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, § 777 m. w. N.

Klauseln gem. §§ 9 ff AGBG befugt ist oder ob das dem Grundbuchamt obliegende Prüfungsrecht nur auf offensichtliche Verstöße gegen die Bestimmungen der §§ 10 und 11 AGBG zielt. Der BGH hat hierzu bislang noch nicht abschließend Stellung genommen, sondern die Antwort auf diese Streitfrage ausdrücklich offengelassen.⁸⁸⁾ Wenn es auch problematisch ist, in diesem Zusammenhang von einer herrschenden Meinung zu reden, so tendiert die in der Judikatur überwiegend vertretene Auffassung dazu, das Grundbuchamt für verpflichtet zu halten, sachenrechtliche AGB-Klauseln der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 9 ff AGBG zu unterziehen.⁸⁹⁾ Verneint wird diese Frage indessen von anderen Gerichten.⁹⁰⁾ Neben dem BGH⁹¹⁾ hat insbesondere auch das BayObLG in seinem Beschluß vom 18.12.1979⁹²⁾ die Entscheidung dieser Frage ausdrücklich offengelassen, soweit eine Prüfpflicht des Grundbuchamts gem. § 9 AGBG in Rede steht, weil ein Verstoß gegen § 10 Nr. 6 AGBG zu bejahen war. In der Literatur findet sich sowohl die eine wie die andere Auffassung.⁹³⁾

Zutreffend ist es, die Kompetenz des Grundbuchamts im Hinblick auf die Prüfung unwirksamer AGB-Klauseln uneingeschränkt auf die §§ 9 ff AGBG zu beziehen, weil dies schon durch den Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit des Grundbuchinhalts geboten ist.⁹⁴⁾ Indessen erstreckt sich die richterliche Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gem. §§ 9 ff AGBG, die das Grundbuchamt vornimmt, nur auf die AGB, welche Gegenstand des dinglichen Rechtsgeschäfts sind.⁹⁵⁾ Gleichwohl ist festzuhalten: Die dem Grundbuchamt zugewiesene Prüfungskompetenz richtet sich nach den Grundsätzen des Grundbuchverfahrensrechts.⁹⁶⁾ Dies bedeutet: aufgrund der im Rahmen einer Eintragungsbewilligung in Bezug genommenen AGB-Klauseln muß sich die Unwirksamkeit einzelner Klauseln geradezu aufdrängen, oder – anders gewendet – die Eintragung einer bestimmten nach dem AGB-Gesetz für unwirksam anzusehenden AGB-Klausel muß die Unrichtigkeit des Grundbuchs „ohne jeden vernünftigen Zweifel zur Folge“ haben.⁹⁷⁾ Dabei muß sich die Prüfung des Grundbuchamts auf die eingereichten Unterlagen beziehen; sie ist auch darauf beschränkt. Es ist dem Grundbuchamt verwehrt, weitere Unterlagen anzufordern, aus denen sich – möglicherweise – die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer AGB-Klausel ergibt.⁹⁸⁾

3. Einzelklauseln

Unter Berücksichtigung der in der Praxis verwendeten Formulare ergeben sich folgende Einzelheiten.

3.1 Es ist nach § 10 Nr. 1 AGBG nicht zu beanstanden, wenn sich die Bank vor Gewährung eines Grundschuld Darlehens das Recht ausbedingt, daß der Darlehensnehmer/Kunde an seinen Antrag vier Wochen lang gebunden ist.⁹⁹⁾ Denn vor Gewährung des Grundschuld Darlehens muß die Bank im eigenen Interesse die Bonität des Darlehensnehmers/Kunden umfassend prüfen. Dazu ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Zeitraum von vier Wochen nicht unangemessen lang. Das gleiche gilt insoweit, als sich die Bank das weitere Recht ausbedingt, diese Frist zu verlängern, falls noch Prüfungsunterlagen fehlen mit der Folge, daß vom Eingang der letzten Unterlage eine Frist von zwei Wochen rechnet.

3.2 Soweit eine Nichtabnahmeentschädigung vorgesehen ist, vgl. im einzelnen oben I. 2.2.

3.3 Die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens i. S. v. § 780 BGB in vollstreckbarer Form ist bei Bestellung einer Grundschuld durchaus üblich: Neben der Grundschuld erhält damit der Gläubiger ein weiteres Sicherungsmittel. Der Bank wird damit die Rechtsverfolgung erleichtert, weil neben der Darlehensverbindlichkeit ein weiterer, selbständiger Schuldgrund geschaffen wird. Eine solche Klausel ist wirksam, sie verstößt insbesondere nicht gegen § 11 Nr. 15 a AGBG.¹⁰⁰⁾ Der Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a AGBG scheitert daran, daß die Beweislastverteilung – der Darlehensnehmer/Schuldner muß im Rahmen der Bereicherungseinrede gem. §§ 812 ff BGB das Nichtentstehen oder das Erlöschen der Darlehensschuld beweisen¹⁰¹⁾ – nicht geändert wird¹⁰²⁾. Vielmehr entspricht diese Beweislastverteilung der Typizität und der Struktur eines abstrakten Schuldversprechens i. S. v. § 780 BGB.¹⁰³⁾ Dieser Gesichtspunkt wird auch von der Judikatur bestätigt.¹⁰⁴⁾

Die formularmäßige Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens gem. § 780 BGB ist aber auch nicht gem. § 3 AGBG als überraschend zu qualifizieren. Denn derartige Klauseln sind bei der Bestellung einer Grundschuld durchaus üblich.¹⁰⁵⁾ In der Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens gem. § 780 BGB liegt insbesondere dann ein angemessenes Sicherungsmittel, wenn Eigentümer und Kreditnehmer – sei es auf Dauer oder nur

88) BGH ZIP 1980, 538 – BB 1980, 859 – AGBE I § 9 Nr. 36 – sub 2 b.

89) So OLG Celle Rpfleger 1979, 261 – AGBE I § 8 Nr. 6 – AGBE I § 9 Nr. 90; LG Nürnberg-Fürth BB 1979, 698 – AGBE I § 8 Nr. 10; AG Bayreuth BB 1979, 696; LG Stuttgart DNotZ 1978, 600 – AGBE I § 1 Nr. 11.

90) OLG Hamm NJW 1980, 416 – AGBE I § 9 Nr. 91; LG Aschaffenburg WM 1979, 539.

91) BGH ZIP 1980, 538 – BB 1980, 859.

92) BayObLG BB 1980, 283 – AGBE I § 1 Nr. 4.

93) Bejahend: *Eickmann*, Rpfleger 1978, 1, 3; *Brandner* (Fußn. 16), § 9 Rz. 52; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 3), vor § 8 AGBG Anm. 3 a; *Staudinger/Schlosser*, BGB, 12. Aufl., vor § 8 AGBG Rz. 11; *Graba*, vor §§ 9 bis 11 Rz. 17; *H. Schmidt*, BB 1979, 1663; verneinend in Bezug auf eine Prüfpflicht unter dem Gesichtswinkel von § 9 AGBG: *F. Schmidt*, MittBayNot 1978, 89; *ders.* (Fußn. 87), S. 777; *Schippe/Brambring*, DNotZ 1977, 131, 156 bei Fußn. 44.

94) OLG Celle Rpfleger 1979, 261 – AGBE I § 8 Nr. 6.

95) So mit Recht LG Nürnberg-Fürth BB 1979, 698 – AGBE I § 8 Nr. 10; a. M. insbesondere LG Aschaffenburg WM 1979, 539.

96) Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 3); *Brandner* (Fußn. 16), § 9 Rz. 52; *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 93), vor §§ 8 bis 11 AGBG Rz. 11.

97) So BayObLG BB 1980, 283 – AGBE I § 1 Nr. 4 – sub 3 f.

98) So mit Recht LG Aschaffenburg WM 1979, 539.

99) *Bunte*, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 219.

100) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 15 Rz. 44 ff m. w. N.; vgl. auch *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285 m. w. N.

101) Vgl. *Palandt/Thomas* (Fußn. 3), § 780 Anm. 6; *Erman/Hense* (Fußn. 74), vor § 780 Rz. 4 ff.

102) So auch *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285.

103) *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 3), § 11 AGBG Anm. 15 a; *Dietlein*, JZ 1977, 638; *Kümpel*, WM 1978, 746, 749; *Reithmann*, DNotZ 1982, 77; *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 779.

104) OLG Stuttgart BB 1979, 857 – AGBE I § 11 Nr. 126; LG Flensburg AGBE I § 11 Nr. 133; vgl. auch LG Stuttgart WM 1977, 1318; a. M. insbesondere *Stürmer*, JZ 1977, 431; *ders.*, JZ 1977, 639; *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 93), § 11 AGBG Nr. 15 Rz. 12.

105) Vgl. *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 779.

vorübergehend – auseinanderfallen.¹⁰⁶⁾ Auch ist ein abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 BGB nicht unter dem Blickwinkel der Übersicherung gem. § 9 Abs. 1 AGBG mit Aussicht auf Erfolg anzugreifen.¹⁰⁷⁾ Denn bei der nach § 9 Abs. 1 AGBG gebotenen Bilanz der Interessen des AGB-Verwenders einerseits und der des Kunden andererseits fällt ins Gewicht, daß der AGB-Verwender/Darlehensgeber ein anerkennenswertes Interesse daran hat, daß der Schuldner/Kunde ein abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 BGB abgibt, weil dann die Rechtsverfolgung wesentlich erleichtert wird.¹⁰⁸⁾

3.4 Vollstreckungsunterwerfung

Mit der Haftungserklärung aufgrund eines abgegebenen abstrakten Schuldversprechens gem. § 780 BGB hängt die dingliche Vollstreckungsunterwerfung des Kunden eng zusammen.¹⁰⁹⁾ Soweit ergeben sich folgende Gesichtspunkte:

3.4.1 Die Abgabe einer vorformulierten Verpflichtung des Darlehensnehmers/Kunden, sich der Vollstreckung zu unterwerfen, ist AGB i. S. v. § 1 Abs. 1 AGBG.¹¹⁰⁾ Daher unterliegt auch die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 9 ff AGBG.¹¹¹⁾

3.4.2 Es ist weitgehend üblich, daß sich der Darlehensnehmer/Kunde in der Weise der dinglichen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück unterwirft, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde „gegen den jeweiligen Eigentümer“ des Grundstücks zulässig ist, was sich aus § 800 ZPO ergibt.¹¹²⁾ Demnach kumulieren die zugunsten des Darlehensgebers/AGB-Verwenders vorgesehenen Sicherheiten: Neben der Verbindlichkeit aus dem Darlehensvertrag gem. §§ 607 ff BGB steht das abstrakte Schuldversprechen gem. § 780 BGB; daneben steht die dingliche Vollstreckungsunterwerfung des Darlehensnehmers/Kunden gem. § 800 ZPO sowie die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus dem Darlehen und dem Schuldversprechen (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Insoweit ist ein doppeltes entscheidend: Dem Grundsatz, daß ein Vollstreckungsverfahren dem Erkenntnisverfahren nachfolgt, ist eine Leitbildfunktion i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht zuzuerkennen.¹¹³⁾ Das ist der eine Gesichtspunkt, der jedoch im Hinblick auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer AGB-Klausel i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nur dann voll zum Zuge kommt, wenn auch – alternativ – die Voraussetzungen einer unangemessenen Benachteiligung i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG fehlen.

Genau dies ist hier der Fall.¹¹⁴⁾ Denn Ziel und Zweck der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung ist es, eine ausreichend sichere Vorsorge gegen das Risiko eines etwaigen Vermögensverfalls bzw. einer Vermögensverschlechterung zu erreichen. Bilanziert man die Interessen des Darlehensgebers einerseits und die des Darlehensnehmers andererseits, so resultiert aus der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung des Kunden i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO keine unangemessene Risikoverlagerung zuungunsten des Kunden¹¹⁵⁾. Vielmehr wird der Kunde zur rechtzeitigen Verteidigung gezwungen.¹¹⁶⁾ Der Kunde/Darlehensschuldner ist in der Lage, seine Rechte im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO geltend zu machen; und das Gericht hat die Befugnis, bis zum Erlaß des Urteils über die vom Kunden/Darlehensschuldner gem. § 767 ZPO

vorgebrachten Einwendungen anzuordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt wird. Dadurch aber ist der Kunde/Darlehensschuldner ausreichend geschützt. So gesehen ist die persönliche Vollstreckungsunterwerfung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ein adäquates und spezifisches Sicherungsinstrument der Hypothekenbanken.¹¹⁷⁾ Im Ergebnis sind also Bedenken gegen die Wirksamkeit von AGB-Klauseln, in denen sich der Schuldner persönlicher Zwangsvollstreckung i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterwirft, weder aus § 9 Abs. 1 noch aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 oder aus § 11 Nr. 15 AGBG herzuleiten.¹¹⁸⁾

3.4.3 Abschließend ist darauf hinzuweisen, daß die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens gem. § 780 BGB und die persönliche Vollstreckungsunterwerfung i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht als Umgehungstatbestand gem. § 7 AGBG zu werten sind.¹¹⁹⁾

3.5 Zweckbestimmungserklärung

Von besonderer Bedeutung ist des weiteren die in Grundschulden vorgesehene Zweckbestimmungserklärung. Denn diese Erklärungen sind AGB i. S. v. § 1 AGBG und unterfallen der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG.¹²⁰⁾ Daraus sind folgende Gesichtspunkte abzuleiten:

3.5.1 Die jeweilige Zweckbestimmung der Grundschuld beruht auf einer Sicherungsabrede.¹²¹⁾ Die Rechtsnatur der Sicherungsabrede ist streitig: Grundsätzlich handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag, weil die beiderseitigen Rechte und Pflichten nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen.¹²²⁾ Zutreffend erscheint es, in der Sicherungsabrede eine unvollkommen zweiseitig verpflichtende Vereinbarung zu sehen. Danach gewährt der eine Vertragsteil einen Kredit, der andere verpflichtet sich zur Bestellung einer Grundschuld; bei-

106) So mit Recht *F. Schmidt* (Fußn. 105).

107) So auch *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285; *F. Schmidt* (Fußn. 105).

108) Vgl. auch *Bunte* (Fußn. 99), S. 219.

109) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 17), § 11 Nr. 15 Rz. 45 f.

110) So mit Recht *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285 a; vgl. auch insbesondere OLG Stuttgart BB 1979, 857 = *AGBE I* § 1 Nr. 6.

111) *Kümpel*, WM 1978, 746; a. M. *Dietlein*, JZ 1977, 638.

112) Vgl. *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 774; *Bunte* (Fußn. 99), S. 212.

113) So *Dietlein*, JZ 1977, 638; *Kümpel*, WM 1980, 746, 747; a. M. *Stürner*, JZ 1977, 431, 432; *ders.*, JZ 1977, 639; kritisch auch *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285 a.

114) So auch *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 285 a; *Fehl* (Fußn. 14), S. 209; *Bunte* (Fußn. 99), S. 219 f.

115) So auch *Bunte* (Fußn. 99), S. 220; *Brandner* (Fußn. 114).

116) Hierzu *Kümpel*, WM 1978, 746, 747.

117) Vgl. *Fehl* (Fußn. 114).

118) Vgl. auch OLG Stuttgart BB 1979, 857 = *AGBE I* § 1 Nr. 6.

119) So OLG Stuttgart BB 1979, 857 = *AGBE I* § 7 Nr. 1; *Dietlein*, JZ 1977, 637, 639.

120) BGH ZIP 1982, 290 = BB 1982, 459; im einzelnen *Clemente*, NJW 1983, 6; *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 781.

121) Hierzu im einzelnen *Erman/Räffle* (Fußn. 74), § 1191 Rz. 5; *Soergel/Baur* (Fußn. 3), § 1192 Rz. 24.

122) So mit Recht MünchKomm-BGB, § 1191 Rz. 14; *Palandt/Bas-senge* (Fußn. 3), § 1191 Anm. 3 b; a. M. *Erman/Räffle* (Fußn. 121).

de Parteien sind durch den fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede miteinander verbunden¹²³⁾.

3.5.2 Bei einer einfachen Sicherungsabrede bestehen unter dem Blickwinkel von § 9 AGBG grundsätzlich keine Bedenken. Denn die bestellte Grundschuld dient dann ausschließlich zur Sicherung einer einzelnen bestimmten Forderung bzw. eines einzelnen Kredits oder Kreditverhältnisses, z. B. eines Kontokorrents.¹²⁴⁾

3.5.3 Problematischer sind jedoch die Fälle, in denen eine erweiterte Zweckbestimmung vorliegt. Davon ist dann die Rede, wenn die Grundschuld auch zur Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der Bank – gleich, auf welchem Rechtsgrund sie beruhen mögen – dienen soll, z. B. auch der Sicherung von Forderungen aus der Geschäftsverbindung, insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und aus Wechseln, Schecks, Sicherungsverträgen etc.¹²⁵⁾ Genauso wie bei Sicherungsübertragungsklauseln ist eine erweiterte Zweckbestimmungserklärung bei einer Grundschuld nach § 9 AGBG nicht zu beanstanden.¹²⁶⁾ Auch bei der erweiterten Zweckbestimmungserklärung fehlt es grundsätzlich an einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden/Darlehensnehmers i. S. v. § 9 AGBG. Vielmehr entspricht es einem anerkannten Bedürfnis der Bank, bei der Bestellung der Grundschuld möglichst alle in Betracht kommenden Forderungen, für die die Grundschuld haften soll, zu erfassen. Damit wird auch zugunsten des Kunden eine große Flexibilität erreicht: Entstehen neue Forderungen, z. B. aus „der Geschäftsverbindung“ zwischen Bank und Kunde, die im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld noch nicht vorhersehbar waren, so ist es in der Regel auch für den Kunden vorteilhafter, wenn diese Verbindlichkeiten durch die bereits bestellte Grundschuld mit erfaßt werden, so daß von einer neuen, zusätzlichen Sicherheitenbestellung Abstand genommen werden kann.¹²⁷⁾

Demzufolge ist eine erweiterte Zweckbestimmungserklärung bei Bestellung einer Grundschuld auch nicht überraschend i. S. v. § 3 AGBG, und zwar weder im nichtkaufmännischen Bereich noch im kaufmännischen Verkehr. Etwas anderes kann nur in den Fällen gelten, in denen bei Bestellung der Grundschuld von vornherein klar und eindeutig vereinbart war, daß die Grundschuld nur zur Sicherung einer bestimmten, konkreten Forderung oder einer bestimmten, konkreten Forderungsmehrheit bestellt werden sollte.¹²⁸⁾ Soweit jedoch Grundstückseigentümer und Kreditnehmer identisch sind, dürften derartige auf dem Vorrangprinzip der Individualabrede gem. § 4 AGBG beruhende Erwägungen nur selten – mangels ausdrücklicher, individualisierter Indizien – Berücksichtigung finden.¹²⁹⁾

3.5.4 Auch wenn man davon ausgeht, daß die erweiterte Zweckbestimmungserklärung grundsätzlich nach § 9 AGBG nicht zu beanstanden ist, so ergeben sich gleichwohl gewisse Einschränkungen, die aus dem jeweiligen Sicherungsvertrag abzuleiten sind. Unbedenklich ist es in der Regel, wenn sich die Sicherungsabrede auf „alle bestehenden und künftigen Ansprüche“ erstreckt.¹³⁰⁾ Unbedenklich ist es des weiteren, wenn sich der Sicherungszweck auch auf alle „bedingten oder befristeten“ Ansprüche bezieht, die der Bank gegenüber dem Darlehensnehmer/Kunden zustehen (vgl. §§ 1192, 1113 Abs. 2 BGB). Unbe-

denklich ist es schließlich, wenn die Sicherungsabrede auch alle Ansprüche erfaßt, die sich „aus der Geschäftsverbindung“ mit dem Darlehensnehmer/Kunden ergeben.¹³¹⁾ Der Unterschied zu Klauseln des erweiterten Eigentumsvorbehalts liegt dabei auf der Hand: Soweit der Eigentumsvorbehalt als Warenkreditsicherheit des Lieferanten dient, besteht die Möglichkeit, bei jeder Lieferung erneut einen erweiterten Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, so daß eine umfassende Sicherung besteht. Dies gilt insbesondere bei einer „laufenden Geschäftsverbindung“ zwischen Lieferant und Kunde. Der Leichtigkeit der Begründung einer Eigentumsvorbehaltssicherung entspricht es, darauf abzustellen, daß der Kunde durch Bezahlung der Kaufpreisforderung den Eigentumserwerb erreichen will, so daß eine Perpetuierung des Eigentumsvorbehalts nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG – mangels individualvertraglicher Abreden – unwirksam ist.¹³²⁾

Demgegenüber ist die Bestellung einer Grundschuld zeitaufwendig und schwierig (vgl. §§ 873, 1115, 1192 BGB). Daraus folgt, daß die beim erweiterten Eigentumsvorbehalt angezeigten Bedenken hier nicht durchgreifen, zumal – wie dargelegt – eine erweiterte Zweckbestimmungserklärung durchaus auch im Interesse des Darlehensnehmers/Kunden liegt.

Problematisch ist jedoch die üblicherweise in der erweiterten Zweckbestimmungserklärung enthaltene *Filialklausel*, wonach eine einmal bestellte Grundschuld auch zur Sicherung von Forderungen dient, die irgendwelche Filialen der Bank gegen den Darlehensnehmer/Kunden haben. Zwar ist – ähnlich wie bei Nr. 19 Abs. 2 der Banken-AGB – festzuhalten, daß jede Filiale einer Bank rechtlich gewertet nur Teil ein und derselben juristischen Person ist¹³³⁾. Gleichwohl ist gerade insoweit stets das Vorrangprinzip der Individualabrede gem. § 4 AGBG – bezogen auf den konkreten Sicherungsvertrag – exakt zu analysieren, ob sich nicht daraus ergibt, daß die Grundschuld nur für bestimmte Forderungen einer bestimmten Zweigniederlassung der Bank gegenüber dem Kunden dienen soll¹³⁴⁾. Doch wird man in der Regel einen Verstoß gegen das Vorrangprinzip von § 4 AGBG nicht ohne weiteres bejahen können, zumal Filialen und Zweigstellen einer Bank im Gegensatz zur Zweigniederlassung keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, daß es insoweit – jedenfalls nicht selten – daran fehlen dürfte, daß der funktionale Be-

123) Vgl. *Palandt/Bassenge* (Fußn. 122); *MünchKomm-Eichmann*, BGB, § 1191 Rz. 24.

124) Vgl. auch *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 781.

125) Vgl. BGH ZIP 1982, 290 = BB 1982, 459; *Clemente*, NJW 1983, 6.

126) Vgl. BGH ZIP 1981, 147 = BB 1981, 636; vgl. auch BGH BB 1976, 577; zweifelnd *F. Schmidt* (Fußn. 124).

127) BGH ZIP 1983, 1053 = DB 1983, 2303.

128) Vgl. BGH BB 1982, 459.

129) Vgl. BGH ZIP 1983, 1053 = DB 1983, 2303.

130) Hierzu auch *Obermüller*, in: *Bankrecht und Bankpraxis*, Rz. 4/48.

131) Vgl. *Obermüller* (Fußn. 130), Rz. 4/49.

132) Im einzelnen OLG Frankfurt ZIP 1981, 70 = BB 1980, 1489; LG Braunschweig ZIP 1981, 876; *Graf Lambsdorff/Hübner*, Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz, Rz. 89.

133) Hierzu im einzelnen auch *Kümpel*, WM 1978, 971; *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fußn. 1), Rz. 2670.

134) So auch *Kümpel*, WM 1980, 970, 971.

reich der Individualabrede, wie er von § 4 AGBG geschützt wird, überschritten ist.¹³⁵⁾

3.5.5 Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, z. B. bei Ehegatten.¹³⁶⁾ Auch hier bestehen – unter jeweiliger Berücksichtigung des individualisierten Zwecks der Sicherungsabrede – grundsätzlich keine Bedenken i. S. d. §§ 4, 9 AGBG, daß sich die Sicherung auch auf alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche, und zwar auch jedes einzelnen Schuldners gegenüber der Bank bezieht. Doch können sich hier aus der individualisierten Sicherungsabrede, wie sie im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld ausformuliert wurde, im Einzelfall durchaus engere Grenzen herleiten lassen als dies dann der Fall ist, wenn Grundstückseigentümer und Darlehensnehmer lediglich eine Einzelperson ist.

3.5.6 Andere Grundsätze gelten indessen dann, wenn Grundstückseigentümer und Darlehensnehmer verschiedene Personen sind.¹³⁷⁾ Maßgebend ist insoweit: Für den Grundstückseigentümer ist eine erweiterte Zweckbestimmungserklärung, die zugunsten des Dritten, d. h. des Darlehensnehmers, wirkt, regelmäßig überraschend i. S. v. § 3 AGBG. Denn der Grundstückseigentümer braucht billigerweise nicht damit zu rechnen, daß ohne besondere und mit ihm ausgehandelte Vereinbarung die Grundschuld auch als Sicherheit für zukünftige, aus der laufenden Geschäftsverbindung zwischen Bank und Darlehensnehmer resultierende Forderungen dient.¹³⁸⁾ Indessen ist die Bank in der Lage, den Überraschungscharakter einer erweiterten Zweckbestimmungserklärung in diesen Fällen dadurch auszuräumen, daß sie den Grundstückseigentümer ausdrücklich über die einschlägigen Risiken der erweiterten Zweckbestimmungserklärung belehrt.¹³⁹⁾ Doch wird man darauf abstellen müssen, daß eine derartige Belehrung nur dann geeignet ist, die in der erweiterten Zweckbestimmungserklärung liegende unangemessene Benachteiligung des Grundstückseigentümers i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG zu beseitigen, wenn sie den Charakter einer Individualabrede aufweist. Dies schließt ein, daß die Belehrung nicht nur in den AGB verankert sein darf; sie muß vielmehr so ausgestaltet sein, daß der Grundstückseigentümer – vor Abgabe seines Einverständnisses zu der erweiterten Zweckbestimmungserklärung – in der Lage ist, diese zu widerrufen und in eines seines Einverständnisses zu der erweiterten Zweckbestimmungserklärung – in der Lage ist, diese zu widerrufen und in eine einfache Zweckbestimmungserklärung umzuwandeln.¹⁴⁰⁾ Denn das Risiko einer erweiterten Zweckbestimmungserklärung ist für den Grundstückseigentümer derart gravierend, daß die darin liegende unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG nur dadurch ausgeschlossen werden kann, daß ihm insoweit nicht nur die Abschlußfreiheit, sondern auch die Gestaltungsfreiheit vorbehalten bleiben muß. Von Wichtigkeit ist ja, daß das Risiko einer erweiterten Zweckbestimmungserklärung in diesen Fällen nicht aus der Person des Grundstückseigentümers, sondern aus der Bonität des Dritten, nämlich: des Darlehensnehmers resultiert, die der erweiterten Zweckbestimmungserklärung den Charakter einer Bürgschaft i. S. d. §§ 765 ff BGB verleiht.¹⁴¹⁾ Dabei ist insbesondere auch im Auge zu behalten, welchen Umfang die erweiterte Zweckbestimmungserklärung im einzelnen aufweist.

3.5.7 Die BGH-Entscheidung vom 29. 1. 1982¹⁴²⁾ hat indessen auch Auswirkungen auf Nachfolgeklauseln, wie sie in Sicherungsabreden üblich sind.¹⁴³⁾ Bei einer Änderung der Rechtsform ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten, solange nur eine „formwechselnde Umwandlung“¹⁴⁴⁾ vorliegt; insoweit hat die Nachfolgeklausel lediglich deklaratorischen Charakter. Etwas anderes gilt dann, wenn sich die erweiterte Zweckbestimmungsklausel auch auf einen „Inhaberwechsel“ erstreckt: Ist mit dem Terminus „Inhaberwechsel“ gemeint, daß eine andere natürliche Person an die Stelle des bisherigen „Inhabers“ tritt, dann ist die Nachfolgeklausel im Zweifel gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam. Denn auch das einer erweiterten Zweckbestimmungserklärung zugrundeliegende Risiko ist – aus der Sicht des Grundstückseigentümers – entscheidend durch die Person des „Inhabers“ konkretisiert. Tritt ein anderer „Inhaber“ an die Stelle des bisherigen, so liegt in einer den „Inhaberwechsel“ einbeziehenden Nachfolgeklausel im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung des Grundstückseigentümers i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG, weil sich nämlich dadurch das Risiko des Grundstückseigentümers beträchtlich erhöhen kann. Bezieht sich indessen der Terminus „Inhaberwechsel“ auf die „Firma“, d. h. auf das konkrete Handelsgewerbe, so ist eine Nachfolgeklausel jedenfalls dann nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht zu beanstanden, wenn das Handelsgewerbe – trotz Übernahme – weiterbetrieben wird.¹⁴⁵⁾

3.5.8 Die Grundsätze der BGH-Entscheidung vom 29. 1. 1982¹⁴⁶⁾ gelten dann nicht in gleicher Schärfe, wenn ein Kaufmann oder eine Gesellschaft Kreditnehmer, eine andere natürliche oder juristische Person Eigentümer des Grundstücks ist.¹⁴⁷⁾ Ist z. B. eine OHG oder eine KG Kreditnehmerin, dann bedeutet die erweiterte Zweckbestimmungserklärung, daß die Grundschuld nicht nur als Sicherheit der der Gesamthandsgemeinschaft gewährten Kredite dienen soll, sondern sich auch auf solche Kredite bezieht, die z. B. einem Gesellschafter eingeräumt worden sind. Gleiches gilt z. B. dann, wenn ein Kaufmann Kreditnehmer, seine Ehefrau aber Grundstückseigentümerin ist. Denn in all diesen Fällen ist der Grundstückseigentümer – in seinem Verhältnis zum Kreditnehmer – keineswegs wie ein zufälliger Dritter zu behandeln, so daß entsprechend den Leitlinien der BGH-Entscheidung vom 29. 1. 1982 die gleichen Kriterien gelten, um eine erweiterte Zweckbestimmungserklärung als überraschend i. S. v. § 3 AGBG bzw. als unangemessen gem. § 9 Abs. 1 AGBG zu qualifizieren. Hier ist vielmehr die Beziehung zwischen Grundstückseigentümer und Kreditnehmer so eng,

135) Vgl. Obermüller (Fußn. 130), Rz. 4/50.

136) Anderer Meinung F. Schmidt (Fußn. 87), S. 781.

137) Grundlegend BGH ZIP 1982, 290 – BB 1982, 459.

138) BGH ZIP 1982, 290, 292 – BB 1982, 459, 460.

139) Reithmann, DNotZ 1982, 67, 88 f.; BGH ZIP 1982, 290, 292 – BB 1982, 459, 460.

140) So auch mit Recht F. Schmidt (Fußn. 87), S. 781.

141) Hierzu mit Recht Clemente, NJW 1983, 6, 9.

142) BGH ZIP 1982, 290 – BB 1982, 459.

143) Hierzu Clemente, NJW 1983, 6, 8.

144) Hierzu Clemente, NJW 1983, 6, 8.

145) Clemente, NJW 1983, 6, 8.

146) BGH ZIP 1982, 290 – BB 1982, 459.

147) Hierzu Clemente, NJW 1983, 6, 9 f.

daß es für den Grundstückseigentümer weder überraschend i. S. v. § 3 AGBG noch unangemessen gem. § 9 Abs. 1 AGBG ist, wenn sich die zur Sicherung bestellte Grundschuld auch auf sonstige Forderungen, z. B. auch auf solche, die der Bank gegenüber einem einzelnen Gesellschafter (bei der OHG) zustehen, bezieht.¹⁴⁸⁾

3.6 Außerordentliches Kündigungsrecht

Soweit zugunsten der Bank ein außerordentliches Kündigungsrecht in Abweichung von § 1136 BGB auch für den Fall vorgesehen wird, daß das Grundstück ganz oder teilweise veräußert wird, ist dies gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG regelmäßig zu beanstanden.¹⁴⁹⁾ Soweit die sofortige Fälligkeit der Grundschuld vorgesehen ist, bestehen hiergegen unter Berücksichtigung von § 1193 Abs. 2 BGB keine Bedenken.¹⁵⁰⁾ Doch ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung von § 1157 BGB zu berücksichtigen, mit der Folge, daß der Eigentümer berechtigt ist, der Geltendmachung der Grundschuld vor Fälligkeit der gesicherten Forderung gem. § 1157 BGB zu widersprechen, sofern es sich um eine Sicherungsgrundschuld handelt.¹⁵¹⁾

3.7 Verwertungsbefugnis

Soweit die Grundschuld fällig und einredefrei ist, steht der Bank als Gläubigerin das Recht zur Verwertung der Grundschuld im

Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung zu.¹⁵²⁾ Indessen darf der Gläubiger die Grundschuld auch freihändig, d. h. durch Abtretung verwerten¹⁵³⁾. Dies setzt jedoch zwingend die Fälligkeit der Forderung voraus.¹⁵⁴⁾ Maßgebend ist dabei jeweils der Inhalt der Sicherungsabrede.¹⁵⁵⁾ Ergänzend ist auf die Bestimmungen von Nr. 20, 21 der Banken-AGB zurückzugreifen.

148) Kritisch *Clemente*, NJW 1983, 6, 9 f.

149) Anderer Meinung BGH BB 1980, 859; BayObLG BB 1980, 1185; wie hier *Löwe*, BB 1980, 1241; *Brandner* (Fußn. 16), Anh. zu §§ 9 bis 11 Rz. 284.

150) So *MünchKomm-Eickmann*, BGB, § 1193 Rz. 2; *F. Schmidt* (Fußn. 87), S. 778.

151) *Erman/Räfle* (Fußn. 73), § 1193 Rz. 2.

152) *MünchKomm-Eickmann*, BGB, § 1191 Rz. 23; vgl. auch *Soergel/Baur* (Fußn. 3), § 1192 Rz. 41.

153) *MünchKomm-Eickmann*, BGB, § 1191 Rz. 23; *Soergel/Baur* (Fußn. 152).

154) *Erman/Räfle* (Fußn. 3), § 1191 Rz. 22.

155) BGH NJW 1979, 717.